

PUNTOS CLAVE EN PERSPECTIVA LABORAL DEL NUEVO TEXTO REFUNDIDO DE LEY DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Ricardo Esteban LeGarreta

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Empleo, personas con discapacidad, texto refundido

El Real Decreto-Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante TRLGDPD) rompe con la dispersión legislativa en materia de discapacidad, tras varios años de duplicidad de leyes marco: la LISMI y la LIONDAU. No obstante, en materia laboral se concluye que el Gobierno ha utilizado la potestad de aclaración y armonización de las leyes refundidas para introducir novedades que van más allá de las posibilidades del artículo 82.5 de la Constitución Española. Además, su aprobación no era necesaria dada la ausencia general de contradicciones en los textos precedentes, sin olvidar que no cabe refundir textos normativos sin haber recibido autorización parlamentaria para ello, como es el caso de la refundición de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, con los textos legislativos internos. La nueva Ley resuelve la única contradicción de entidad entre las leyes precedentes: la del concepto de persona con discapacidad. A partir de aquí destacan algunas aclaraciones de interés en ámbitos como el concepto de ajuste personal y social, o la intermediación. Sin embargo, en otros puntos de importancia, el Gobierno incurre en *ultra vires*, como por ejemplo, en relación con la eliminación del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario, o en la supresión de la referencia a las especiales dificultades de los trabajadores como elemento de justificación de los Centros Especiales de Empleo.

ABSTRACT

Key words: Employment, persons with disabilities; rewritten act

The Act on the Rights and Social Inclusion of Persons with Disabilities passed by the Government in November 2013, has managed to surmount the legislative dispersion within the legal framework in the field of disability. Nevertheless, the Spanish Government has gone beyond the limits of the Constitution, since it only empowers -under parliamentary authorization- in order to unify two or more acts, but does not allow introduce deep new contents in the resulting act. In addition, the approval of the new act was not necessary as the former acts on disability contained no contradictions. Besides, the new act unifies in the same legal text the contents of the former Spanish acts with that corresponding to the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, but in fact, the Spanish Parliament had not authorised a unification to that extent. The new Act solves the only contradiction between the former: the different concept of person with disabilities. Despite the fact that we can find some interesting improvements, the Government has gone beyond its power in some key issues, such as the abolition of the preference for the open employment principle or the new particular support to sheltered workshops by accepting them as a regular way to employ persons with disabilities irrespective of their severity.

ÍNDICE

1. Planteamiento
2. Una presentación del nuevo texto refundido
3. Sobre la oportunidad, la necesidad y la adecuación constitucional del TRLGDPD
 - 3.1. Una reflexión previa a partir del proceso seguido y el de sus protagonistas
 - 3.2. ¿Era necesaria y oportuna técnicamente la elaboración de un Texto Refundido?
 - 3.2.1. Sobre su necesidad
 - 3.2.2. Sobre su oportunidad y coherencia. Especialmente en perspectiva laboral
 - 3.3. Adecuación constitucional del TRLGDPD
 - 3.3.1. La identificación del ámbito normativo a refundir y la “refundición” parcial de la Convención Internacional
 - 3.3.2. El alcance de la armonización, aclaración y regularización de los textos legales
4. El contenido laboral del TRLGDPD y las principales cuestiones planteadas
 - 4.1. Consideraciones generales sobre el contenido laboral del Texto Refundido
 - 4.2. La nueva noción de persona con discapacidad y su incidencia en el ámbito del empleo
 - 4.3. Novedades directas aportadas por el TRLGDPD. En especial, la supresión del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo
 - 4.4. Novedades normativas fruto de la armonización, aclaración y regularización
 - 4.5. Novedades normativas de calado bajo la cobertura de la habilitación para aclarar, armonizar y regularizar

1. PLANTEAMIENTO¹

El Boletín Oficial del Estado del 3 de diciembre de 2013 publicó el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante TRLGDPD). El texto refunde en una sola norma tres leyes clave en lo que concierne al estatuto jurídico de las personas con discapacidad; a saber: la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (en adelante LISMI); la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (en adelante LIONDAU) y, en fin, la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Se trata de una operación aparentemente técnica, derivada de la disposi-

¹ Este artículo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D DER 2010-15855 (subprograma JURD), *Análisis jurídico-laboral de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, y desarrollado por diversos profesores de la unidad de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Barcelona integrados en el Instituto de Estudios del Trabajo (IET) de la misma Universidad.

ción ?nal segunda de la Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, de acuerdo con la cual las Cortes Generales atribuían al Consejo de Ministros la autorización para proceder a la refundición de los textos.

Hasta aquí podría parecer que poco o nulo interés tiene un texto refundido, sobre todo entre expertos en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, acostumbrados a que algunas de nuestras Leyes de cabecera sean también textos refundidos, como efectivamente lo son el Estatuto de los Trabajadores o la Ley General de la Seguridad Social. Eso sí, los textos refundidos laborales son de mera refundición del texto original y de sus reformas, mientras que el TRLGDPD es el resultado de una autorización dirigida al Gobierno para refundir aclarando, armonizando y regularizando tres textos legislativos diferentes.

En lo que concierne al TRLGDPD, tanto el proceso como el resultado del mismo están trufados de anomalías, al menos desde una perspectiva laboral. Así, mediante un sutil encadenamiento de reformas, apenas perceptibles algunas de ellas, el nuevo Texto Refundido puede generar importantes consecuencias en el régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad, con efectos muy negativos en lo que concierne al equilibrio empleo protegido-empleo ordinario, una circunstancia que ya por sí sola justifica este artículo.

A estos efectos, el presente artículo abordará una breve presentación del Texto Refundido (2) y a continuación se dividirá en dos grandes apartados correspondientes, de una parte (3), a un análisis de la nueva norma desde la perspectiva de su proceso de elaboración, apartado en el que se examinará la justificación técnica y política del nuevo texto, su fundamentación constitucional, así como las anomalías que se detectan en su contenido, en particular, las referidas a la presencia de “trazas” de otras normas que en principio no deberían formar parte del Texto Refundido. De otra parte, el bloque ?nal del artículo (4) está destinado a un análisis crítico de las modificaciones más o menos veladas introducidas en el contenido laboral de la Ley, que se concentran fundamentalmente en el Capítulo VI, del Título II del TRLGDPD dedicado al derecho al trabajo.

2. UNA PRESENTACIÓN DEL NUEVO TEXTO REFUNDIDO

El TRLGDPD se elabora siguiendo las pautas que para los Textos Refundidos establece el artículo 82 de la Constitución Española, lo que comporta la necesidad de que las Cortes Generales deleguen en el Gobierno “la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias concretas no incluidas en el artículo anterior”, es decir, que no sean materia de Ley Orgánica. Para ello, la Ley

26/2011 de 1 de agosto había efectuado mediante su disposición ?nal segunda² la oportuna autorización al Gobierno para acometer la refundición, lo que llevó a este a elaborar el texto a lo largo de un prolongado proceso de diálogo civil y social, que dio lugar a la elaboración de diversos borradores³. De acuerdo con lo previsto en el artículo 82.3 CE, la Ley estableció como fecha límite para la elaboración de la nueva norma el día 2 de agosto de 2013, fecha tope que no pudo cumplirse y que exigió una prórroga, establecida en la disposición ?nal quinta de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que extendió el plazo hasta el día 31 de diciembre de 2013, dentro del cual se acabó aprobando el texto en Consejo de Ministros de 29 de noviembre.

El resultado es un texto que aparentemente resuelve una llamativa y no bien explicada dispersión legislativa en materia de discapacidad, caracterizada por la existencia, desde hace más de diez años, de una suerte de Ley de primera generación, la LISMI (1982) y una Ley de segunda generación, la LIONDAU (2003), que pretendía introducir en nuestra legislación dos estrategias relativamente nuevas: las de “lucha contra la discriminación” y accesibilidad universal”. Además, la LIONDAU comporta un cambio de paradigma de modo que se pasa de una visión médica de la discapacidad, en la que se pretende dar cobertura a las personas mediante prestaciones (el modelo LISMI), a un modelo social de la discapacidad, en el que la base de la intervención toma como eje el disfrute de derechos y el deber social de adaptación a la discapacidad⁴. Personalmente, nunca me parecieron convincentes las razones que llevaron a la duplicidad de leyes generales o marco en materia de discapacidad porque entiendo que habría sido más razonable abordar en 2003 la elaboración de un nuevo texto legal en las Cortes Generales, cosa que no se hizo. La exposición de motivos de la LIONDAU sugería la necesidad de dar un nuevo impulso a “las políticas de equiparación de las personas con discapacidad” pero no ex-

² Se sigue en este caso la tradición de no utilizar leyes *ad hoc* para efectuar las autorizaciones de refundición como apunta Virgala Foruria, E.: “La delegación legislativa. Los Decretos Legislativos”, en Casas Baamonde, M^a.E. y Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (Coordinadores): *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Las Rozas, Fundación Wolter Kluwers, 2008, pág. 1491.

³ Al Consejo de Estado se le remitieron cuatro borradores, según consta en los antecedentes del Dictamen 1183/2013, pero de acuerdo con la información obtenida por el autor, parece que fueron más.

⁴ Como señala De Lorenzo, R.: “Los contornos del derecho de la discapacidad”, en Pérez Bueno, L.C. (Director) y Sastre, A.: (Coordinadora): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, Thomson Reuter, 2009, págs. 107 y 108, “la LIONDAU no se limita a establecer y regular un mero conjunto de prestaciones encaminadas a la integración social de las personas con discapacidad, sino que tiene por objetivo que las personas con discapacidad puedan disfrutar de todo el conjunto de los derechos humanos, civiles, económicos sociales y culturales, tal y como se indica en su preámbulo”.

plicaba razonablemente por qué no se había acometido la elaboración en sede parlamentaria de un nuevo texto general⁵. Ya adelante, que ni entonces me pareció razonable la dispersión legislativa resultante, ni en el periodo 2011-2013 me ha parecido razonable el procedimiento seguido para lograr un texto conjunto que ha esquivado de nuevo un debate a fondo sobre determinadas materias. En este sentido, algún autor ha explicado la dispersión originada en 2003 en base a la dificultad de adaptar la LISMI a la visión social de la discapacidad y a los problemas que la derogación de la LISMI habría generado en su desarrollo reglamentario previo⁶. A mi juicio, se trata de razones que no parecen de recibo porque si bien una revisión a fondo de la legislación supone un esfuerzo considerable, el mismo debe acometerse cuando sea necesario. Por lo demás, ¿justo? car el mantenimiento de dos leyes básicas en la materia en los peligros que se cernían sobre el desarrollo reglamentario de la LISMI se me antoja una razón endeble porque nada impedía que en 2003, la nueva Ley mantuviese vigente el desarrollo reglamentario previo, hasta que se efectuasen nuevos desarrollos, salvo en lo concerniente a las materias que entrasen en franca contradicción con el nuevo texto legal

Recuérdese por lo demás que la refundición afecta también a una Ley de importancia e interés secundarios: la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

El texto resultante constituye una fusión casi “en ? la india” de las tres leyes refundidas, solución que seguramente era la más viable teniendo en cuenta el escaso margen con el que contaba el Gobierno para refundir las tres leyes, pero que sugiere la no necesidad de la operación acometida. A este respecto, el RDL 1/2013 arranca con un Título Preliminar (arts. 1 a 6) dedicado a aspectos de alcance general como son entre otros, los del objeto, de?niciones y principios y se expande en base a tres grandes títulos que son, en general, el trasunto de las tres leyes refundidas. Así, el título I (arts. 7 a 62), dedicado a derechos y

⁵ Señalaba la exposición de motivos de la LIONDAU que “Transcurridos más de veinte años desde la promulgación de la Ley de Integración Social de los Minusválidos, sin poner en cuestión su vigencia, se considera necesario promulgar otra norma legal, que la complemente y que sirva de renovado impulso a las políticas de equiparación de las personas con discapacidad”

⁶ Azua Berro, P.: “Evolución de la legislación española en materia de discapacidad en la etapa democrática”, en Pérez Bueno, L.C. (Director) y Sastre, A.: (Coordinadora): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, Thomson Reuter, 2009, pág. 136, sugiere que “Reformar la LISMI no era factible, precisamente por las modificaciones habidas en los propios principios inspiradores. Derogarla sin más, tampoco, so pena de hacer caer la arquitectura jurídica emanada de la misma. Por tanto se trataba de elaborar una ley que, en cierta forma, completara la LISMI y abordara los nuevos retos sociales a los que se enfrenta la discapacidad lo que se produjo mediante la promulgación de la Ley 51/2003”.

obligaciones, recoge a grandes rasgos y con algunos matices el contenido de la LISMI; el título II (arts. 63 a 77) dedicado a la igualdad de oportunidades y no discriminación reproduciría con carácter general el contenido de la LIONDAU y finalmente, el previsible capítulo III, que se extiende desde el artículo 78 hasta el 105, es la plasmación del contenido de la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establecía el régimen de infracciones y sanciones. Al respecto, el título III viene encabezado por la rúbrica “Infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”. De todos modos, se observa en ocasiones una cierta mezcla de contenidos como es el caso del Capítulo VIII del Título I del TRLGDPD –Derecho de participación en los asuntos públicos– que no ha sido trasladado de la LISMI, como buena parte del Título I, sino que en general procede del texto de la LIONDAU, más en concreto, del artículo 15 dedicado a la regulación de la “Participación de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias”. Asimismo, se encuentra dentro del Capítulo V del Título I del Texto Refundido el contenido que la LIONDAU dedicaba a la regulación de la accesibilidad⁷.

El orden cronológico utilizado con carácter general para acumular las tres leyes precedentes en un solo texto no se me antoja como el más adecuado, ya que a mi juicio el carácter basilar de la igualdad hacía necesario ubicar todo el contenido de la vieja LIONDAU en el Título I de la Ley. No tiene demasiado sentido que contenidos de alcance general vinculados con el derecho a la igualdad como el de los artículos 63 a 68⁸ hayan quedado sepultados bajo el articulado del Título I de la nueva Ley, alejados de su Título Preliminar, y sobre todo, totalmente desconectados del artículo 7 del TRLGDPD, dedicado al derecho a la igualdad y que encabeza el Título I.

Realizada esta primera aproximación al TRLGDPD pasaré a continuación a destacar algunas de sus mayores disfunciones antes de abordar el análisis de su contenido laboral.

⁷ De una parte, el artículo 22 del TRLGDPD es en general un calco de la Convención Internacional, un dato sobre el que se reflexiona posteriormente. A continuación, se observa que el contenido de los artículos 23, 24, 25, 27, 28 y 29 del Texto Refundido tienen su antecedente en el artículo 10 y en las disposiciones finales 5ª a 9ª de la LIONDAU.

⁸ Estos artículos se refieren a materias como la vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades (art. 63); garantías del derecho a la igualdad de oportunidades (art. 64); medidas contra la discriminación (art. 65); contenido de las medidas contra la discriminación (art. 66) o medidas de acción positiva (art. 67).

3. SOBRE LA OPORTUNIDAD, LA NECESIDAD Y LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRLGDPD

3.1. Una reflexión previa a partir del proceso seguido y el de sus protagonistas

Como se ha señalado, la aparente necesidad de abordar una refundición del aparato regulador de la discapacidad surge de la Ley 26/2011, en cuya disposición adicional se establecía que el Gobierno procederá a refundir los tres textos mediante la elaboración de un Texto Refundido que deberá ser aprobado con anterioridad al día 2 de agosto de 2013. La cuestión reside en valorar si la operación aportaba algún valor añadido apreciable a nuestro ordenamiento jurídico y si era necesaria y adecuada.

Ahora bien, con carácter preliminar es imprescindible formular algunas hipótesis clave que pueden servir para orientar las reflexiones que siguen. Quisiera subrayar que las hipótesis que se formulan se realizan en clave de su contenido laboral, sin perjuicio de que la norma tenga un alcance mucho mayor, aunque el empleo tampoco es precisamente tema menor.

La primera hipótesis sugiere que el nuevo texto sirve, entre otras cosas, para apuntalar mediante —no siempre— sutiles modificaciones normativas, los intereses de determinados grupos de presión en materia de empleo de personas con discapacidad: fundamentalmente, el de los grandes conglomerados de Centros Especiales de Empleo⁹ cuya titularidad recae en ocasiones en entidades con fuerte peso en el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (en adelante CERMI), que es la confederación de entidades que ha representado un papel clave en el proceso de gestación del nuevo Texto Refundido. En otras palabras, el TRLGDPD sirve para blindar el empleo protegido como opción básica para la inserción laboral de las personas con discapacidad lo que implica, como veremos, una ruptura con una larga tradición de defensa normativa del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo, vigente en nuestro país desde la aprobación de la LISMI en el año 1982. Como veremos, da toda la impresión de que el TRLGDPD ha actuado de una manera “quirúrgica”, eliminando el principio de preferencia

⁹ Un buen ejemplo es el caso de Fundosa, un grupo de empresas de notable dimensión, mayoritariamente Centros Especiales de Empleo (ver algunos datos en www.fundaciononce.es/es/pagina/grupo-fundosa, consultado el 8 de octubre de 2014), que depende de la Fundación ONCE. A su vez, la ONCE, titular de la Fundación del mismo nombre, ejerce un relevante liderazgo en el CERMI, ya que es una de las organizaciones fundadoras. Pueden extraerse datos sobre la evolución y desarrollo de Fundosa en Martínez Donoso, J.L.: “Modelo de desarrollo empresarial. Rentabilidad, renovación tecnológica y compromiso por las personas” en AA.VV.: *Congreso Nacional Empleo y Discapacidad*, Burgos, AFEM, 2007, págs. 183 y ss.

por el empleo en el medio ordinario de trabajo y “adecuando” de este modo la norma a una realidad consolidada.

Una segunda hipótesis sugiere que el nuevo Texto Refundido constituye una nueva muestra de opacidad que viene acompañando a las reformas introducidas en el régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad, todo ello sin perder de vista que, efectivamente, el TRLGDP no se limita a abordar cuestiones laborales. En este sentido, buena parte de las reformas laborales en materia de discapacidad que se introducen desde 1990 se han llevado a cabo en desarrollo de los Acuerdos firmados entre el entonces Ministerio de Trabajo y el CERMI, (los denominados Acuerdos MTAS-CERMI (I y II), que dieron lugar a importantes modificaciones con escaso o nulo debate parlamentario¹⁰. Asimismo, el empleo con apoyo y los enclaves laborales fueron regulados mediante sendos reglamentos a partir de los Acuerdos MTAS-CERMI pero sin contar con cobertura legal alguna, lo que generaba serias dudas a propósito de su carácter *ultra vires*. Con estos antecedentes, no es difícil intuir que el proceso de elaboración del TRLGDP es una nueva vuelta de tuerca en un estilo consolidado de maneras opacas, en el que se evitan los focos de la discusión parlamentaria, y se considera más oportuno seguir procedimientos en los que el CERMI mantiene una posición preponderante en todos los órdenes, lo que incluye la postergación de centrales sindicales y organizaciones patronales en materias sociolaborales. Este estado de cosas llevó al Consejo Económico y Social¹¹ a subrayar en su dictamen emitido a propósito del Texto Refundido una posición crítica con la postergación de centrales sindicales y organizaciones patronales, ya que la introducción de un capítulo sobre el derecho al trabajo y la incorporación de ciertas modificaciones “constituyen motivos suficientes para que se hubiese dado una mayor participación a los interlocutores sociales en la elaboración del texto con anterioridad a su remisión al CES”, remachando el organismo consultivo que “la participación en el trámite de audiencia de las organizaciones sindicales y empresariales no es suficiente ni equiparable a la interlocución necesaria en el ámbito del diálogo social”.

¹⁰ Al respecto, esta es una cuestión ya subrayada en otros estudios: Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F.: “Estudio introductorio”, en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F. (Directores): *La aplicación del Derecho del trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 34 y ss o Esteban Legarreta, R. “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización”, *Revista de Derecho Social* núm. 61, 2013, pág. 45. A título de ejemplo, la creación de la excepcionalidad al cumplimiento de la reserva de empleo y las medidas alternativas, que han socavado la eficacia de la reserva como elemento de integración en el medio ordinario de trabajo, se basó en una reforma articulada a través de disposición específica en “ley de acompañamiento”, que posteriormente fue objeto de un prolijo desarrollo reglamentario hoy en día reflejado en el RD 364/2005, de 8 de abril.

¹¹ Consejo Económico y Social: “Dictamen sobre el Proyecto de Real Decreto Legislativo por el que se aprueba la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social”, ejemplar fotocopiado, fecha 23 de octubre de 2013, pág. 22.

En este sentido, parece evidente que tanto por parte del Gobierno del Estado como por parte del CERMI se tiene una visión hipertrofiada del principio de diálogo civil, que ahoga los espacios imprescindibles que deben preservarse al diálogo social¹². En este sentido, es cierto que uno de los principios del nuevo Texto Refundido (art. 3 k]) es el del diálogo civil, ya recogido en la LIONDAU, según el cual (art. 2 n] TRLGDPD) “las organizaciones representativas de personas con discapacidad y de sus familias participan, en los términos que establecen las leyes y demás disposiciones normativas en la elaboración, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas o ciales que se desarrollan en la esfera de las personas con discapacidad”. Lógicamente, este principio otorga un cierto protagonismo a las entidades representativas de la discapacidad pero en la práctica está alimentando dinámicas inadecuadas, máxime teniendo en cuenta el papel que representan sindicatos y organizaciones patronales en la defensa de los intereses que les son propios (art. 7 CE). Sin olvidar, por lo demás, que algunas entidades de mayor preponderancia en el CERMI acreditan importantes intereses empresariales en el sector del empleo protegido. Lamentablemente, tanto en su diseño como en su puesta en práctica la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012¹³, intentó equilibrar los papeles del diálogo social y del diálogo civil, pero lo cierto es que las formas seguidas en el proceso de elaboración del TRLGDPD constituyen una vuelta al viejo estilo.

3.2. ¿Era necesaria y oportuna técnicamente la elaboración de un Texto Refundido?

Sin duda, dadas las hipótesis formuladas, todo apunta a que el nuevo TRLGDPD no era ni necesario ni oportuno. Se ha de subrayar de nuevo que esta observación se lleva a cabo desde una perspectiva laboral, pero en base a diversas consideraciones que se exponen a continuación, creo que esta afirmación cabe extenderla a otros apartados de la Ley. En las líneas que siguen pasaré a exponer los indicios que apuntan en esta dirección.

3.2.1. Sobre su necesidad

De un lado, no se ha de confundir la necesidad de un texto refundido con la necesidad de una nueva Ley General de Derechos de las Personas con Discapaci-

¹² Un análisis de los difíciles equilibrios entre el diálogo civil y el diálogo social en Ysàs Molinero, H. “Diálogo social y diálogo civil en el ámbito del empleo de las personas con discapacidad: la estrategia global de acción”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 159, 2013, págs. 183-212.

¹³ Se trata de una Estrategia aprobada por el Gobierno del Estado en septiembre de 2008 pero que ha dado muy escasos frutos. Más adelante se hace una referencia detallada a la misma.

dad. Lógicamente, si el Gobierno ha dedicado tiempo y energías a negociar y elaborar un texto refundido cabe suponer que existían disfunciones entre las tres leyes refundidas que exigían abordar una operación de corte técnico que permitiese, a la luz de lo previsto en el artículo 82.5 de la Constitución, “regularizar, aclarar y armonizar” los textos legales que han de ser refundidos. Pues bien, la verdad es que la necesidad del nuevo texto en este sentido, al menos en perspectiva laboral, brilla por su ausencia salvo algún matiz que se apuntará oportunamente.

La mejor muestra de todo ello se deduce de una atenta lectura de la exposición de motivos del TRLGDPD en la que no aparece una mínima explicación de las disfunciones o contradicciones necesitadas de regularización, aclaración o armonización, y no debe de perderse de vista que precisamente era esa y no otra la razón que podía justificar su elaboración. En este sentido, la exposición de motivos efectúa una detallada descripción del marco regulador de la discapacidad pero apenas afirma que “La labor de refundición, regularizando, aclarando y armonizando las tres leyes citadas (...) resulta necesaria dadas las modificaciones que han experimentado en estos años, así como el sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad”. Nos encontramos sin duda ante una insuficiente justificación porque, de un lado, “las modificaciones operadas en los últimos años en las normas refundidas”, fundamentalmente en la LISMI, no generaban problemas de coherencia entre los tres textos, salvo una contada excepción: la del concepto de persona con discapacidad. Además, la mención al “sustancial cambio del marco normativo de los derechos de las personas con discapacidad”, no es sino una referencia a la ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Convención Internacional)¹⁴, constituye también una mención muy discutible¹⁵ porque la Convención no formaba parte de la refundición de textos autorizada por las Cortes Generales. De hecho, como se señalará esta es otra de las injustificadas disfunciones del TRLGDPD: la pretensión de aprovechar el Texto Refundido para adecuar nuestro marco a la Convención Internacional. Asimismo, ni los comunicados del CERMI¹⁶, claro

¹⁴ En vigor en España desde el 3 de mayo de 2008.

¹⁵ La exposición de motivos señala que el proceso de refundición “ha tenido como referente principal la mencionada Convención Internacional”, aclarando a continuación que “Por ello, además de revisar los principios que informan la ley conforme a lo previsto en la Convención, en su estructura se dedica un título específico a determinados derechos de las personas con discapacidad”

¹⁶ El mejor ejemplo de todo ello lo encontramos en la noticia: “El Gobierno aprueba la Ley que unifica los derechos de las personas con discapacidad”, de fecha 29 de noviembre de 2012, consultable en: <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx>. En la misma página web son también interesantes las noticias “El CERMI considera que la unificación y actualización de la normativa de la discapacidad refuerza el enfoque de derechos, de fecha 29 de noviembre de 2013, y, en fin, “El CERMI reivindica “blindar los derechos de las personas con discapacidad en tiempos de crisis”.

impulsor del Texto Refundido ni las exposiciones públicas de sus responsables¹⁷ sirven para identificar las razones estrictamente técnicas que nos han llevado a la refundición de los tres textos.

En fin, dentro de la débil argumentación que ha dado su apoyo a la elaboración del TRLGDPD se ha añadido en algunos casos la idea de que la elaboración del texto refundido sirve para blindar los derechos de las personas con discapacidad. Ciertamente, no se entiende muy bien por qué razón el nuevo texto legal, con rango de ley ordinaria, va a proteger más los derechos que los textos normativos que antes también los recogían y que también tenían el rango de ley ordinaria¹⁸, salvo que se crea que únicamente los textos aumentan la solidez de su contenido, lo que es muy aventurado. Otra cosa es que lógicamente sea más coherente que haya una norma general en materia de discapacidad en lugar de dos o tres¹⁹; asimismo, este tipo de operaciones pueden mejorar la estructuración y ordenación de los derechos²⁰. Sin duda, todo ello es positivo, pero por las circunstancias señaladas y por otras razones que se apuntarán, creo que se debería haber llegado a este resultado tras una tramitación ordinaria, no mediante un Texto Refundido.

3.2.2. Sobre su oportunidad y coherencia. Especialmente en perspectiva laboral

Desde una perspectiva de oportunidad tampoco parece tener mucho sentido la reciente aprobación de un Texto Refundido, que muestra cómo el sector impulsa estrategias y dinámicas a un ritmo frenético. Desde una perspectiva

¹⁷ Es muy destacable al respecto la ponencia defendida por el Sr. Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del CERMI en la Jornada de Reflexió: la Llei General dels Drets de les Persones amb Discapacitat, i l'àmbit del treball, celebrada en Barcelona el pasado 17 de febrero de 2014. La ponencia, proyectada en diferido en la jornada bajo el título "Valoración del texto por parte del CERMI", no identifica ninguna necesidad concreta de regularización, aclaración o armonización entre los tres textos precedentes al TRLGDPD, sino que se limita a realizar referencias genéricas a dicha necesidad.

¹⁸ Se trata de una idea defendida en la ponencia "Valoración del texto por parte del CERMI" referenciada en la nota anterior. Por su parte, la noticia "El CERMI reivindica blindar los derechos de las personas con discapacidad en tiempos de crisis" de 3 de diciembre de 2013, publicada en <http://www.cermi.es/es-ES/Noticias/Paginas/Inicio.aspx>, insiste en la idea. Al respecto en uno de los apartados de la noticia se señala que "El presidente del CERMI, también se ha referido a esta norma, de la que ha dicho que "supone un avance en la protección jurídica de las personas con discapacidad", porque deja más claros sus derechos y "frena la tentación" de llevar a cabo recortes "en momentos difíciles, cuando todo se cuestiona".

¹⁹ Virgala Foruria, E.: "La Delegación Legislativa...", ob. cit. pág. 1491 atribuye a esta figura la pretensión de ganar "en seguridad jurídica y en precisión".

²⁰ En el apartado III de su Dictamen 1183/2013 el Consejo de Estado "valora positivamente la labor refundidora llevada a cabo, que consolida en un texto único las disposiciones legales que hasta el momento han venido regulando esta materia y posibilita su mejor estructuración y ordenación". De todos modos, como se ha señalado, el TRLGDPD efectúa una refundición "en la india", de modo que la mejora en materia de estructuración y ordenación es más que incierta.

laboral, en lo que concierne a este frenesí de iniciativas y dinámicas dirigidas a la creación y modificación normativa, podemos señalar dos ejemplos. Uno es anterior a la aprobación del Texto Refundido y el otro se refiere a una dinámica posterior y pendiente de concretarse, pero ambas muestran cómo en perspectiva de Derecho del Trabajo el Texto Refundido no es nada coherente con otras iniciativas directa o indirectamente promovidas por el sector de la discapacidad.

Así, de un lado, desde el mes de septiembre de 2008 se puso en marcha la “Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad” un texto originado en la disposición adicional duodécima de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, acordado entre el Gobierno, el CERMI y las organizaciones patronales y sindicales más representativas y que pretendía efectuar una detallada revisión de la regulación del empleo de las personas con discapacidad²¹. Ciertamente, la Estrategia Global ha dado bastante poco de sí, a pesar de su ambicioso programa de reformas, siendo una de las razones que justifican este fracaso el desinterés del CERMI en un proceso del que no parecía obtener ventajas apreciables²². Lo curioso es que antes de que finalizase el periodo de vigencia de la Estrategia Global, el CERMI y el Gobierno ya se habían embarcado en otro proyecto, ni tan siquiera mencionado en la Estrategia: la elaboración de un Texto Refundido que como veremos contiene importantes “matizaciones” en materias laborales.

Pues bien, el proceso de elaboración del Texto Refundido, aprobado finalmente en el mes de noviembre de 2013 tampoco ha servido para ralentizar este sinfín de propuestas, ya que en pleno proceso de diálogo civil y social previo a la aprobación del TRLGDP, la disposición final decimosexta de la Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral estableció que en el plazo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno debía remitir a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad. Como cabe suponer, la elaboración de un texto regulador del empleo de las personas con discapacidad, a la que en absoluto se ha renunciado²³, podría comportar

²¹ Para una visión inicial de la Estrategia, puede consultarse el trabajo de Cardenal Carro, M. y Hierro Hierro, J.: “Nuevos caminos hacia la integración sociolaboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: Estrategia Global de Acción para el Empleo de personas con discapacidad 2008-2012”, *Aranzadi Social* núm. 17/2008, consultable en versión Aranzadi Bibliotecas (BIB 2008/2873). Para una perspectiva de balance tras su finalización Vid: Esteban Legarreta, R. “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad...ob. cit, con carácter general.

²² Esteban Legarreta, R. “La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad... ob. cit, pág. 70.

²³ Ha sido reivindicada por el Sr Pérez Bueno, Presidente del CERMI, en su ponencia “Valoración del texto por parte del CERMI”, defendida en febrero de 2014, en la *Jornada de Releixió: la Llei General dels Drets de les Persones amb Discapacitat, i l'àmbit del treball*, celebrada en Barcelona el pasado 17 de febrero de 2014

el vaciado o importantes afectaciones al contenido de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, estatal de empleo y del TRLGDPD, lo que hace todavía más incomprensible un grado tan elevado de hiperactividad que puede generar desconcierto y graves contradicciones.

Daría la impresión de que no hay improvisación alguna en esta estrategia compleja, hiperactiva y aparentemente contradictoria, sino que se buscaría que los sutiles y profundos cambios introducidos en el TRLGDPD en materia laboral pasen, por pura inercia, desde el Texto Refundido a la nueva Ley de promoción de inclusión laboral de las personas con discapacidad que pueda aprobarse en un futuro. Con?rma esta sospecha la amplísima habilitación para desarrollo reglamentario del nuevo Texto Refundido, contenida en el apartado primero de la disposición adicional primera del TRLGDPD. Al respecto, los dictámenes del Consejo Económico y Social²⁴ y del Consejo de Estado²⁵ han coincidido en señalar lo inadecuado de tal habilitación²⁶ que sugiere la pretensión de consolidar, vía desarrollo reglamentario, las profundas aunque –en ocasiones– sutiles reformas introducidas a través del TRLGDPD.

Llegados a este punto cabe concluir que, efectivamente ni era necesario ni era oportuno acometer una refundición de los tres textos legales mediante la atribución de potestad de refundición al Gobierno. Sobre todo, teniendo en cuenta sus resultados en materia laboral. Es más, creo que lo realmente necesario era abordar un nuevo texto único en sede parlamentaria que permitiese, con el rigor y la dedicación que el tema merece, abordar un texto nuevo unificado sin las ataduras y limitaciones del artículo 82.5 CE. El tiempo pasado desde la ratificación de la Convención Internacional hacía todavía más conveniente esta operación ya que habría permitido una mejor entrada de sus principios y de su contenido en una Ley General de Discapacidad. En este sentido, la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad fue una operación de urgencia que dejó tareas pendientes, de manera que una auténtica y completa adaptación normativa a la Convención exigía y exige otra Ley que

²⁴ Cit, pág. 23

²⁵ Informe del Consejo de Estado 1183/2013, de 14 de noviembre de 2013.

²⁶ Advierte el Dictamen del Consejo de Estado que “(...) las tres leyes que son objeto de refundición por el Proyecto han sido desarrolladas ya reglamentariamente como se ha puesto de mani?esto en diversas partes de este dictamen, resultando confuso como ha puesto de mani?esto, entre otros, el Consejo Económico y Social, que el Proyecto contemple nuevas previsiones de desarrollo normativo *ex novo*, a excepción de los aspectos que no hubieran sido objeto de regulación hasta el momento de la aprobación de la Ley. Este Consejo de Estado considera que debería aclararse y precisarse el alcance de esta disposición”. Lo cierto es que el Consejo de Ministros no ha atendido a la petición del Consejo de Estado ya que la disposición ?nal tercera TRLGDPD mantiene un planteamiento de gran amplitud, sin ningún tipo de justificación.

siga la tramitación ordinaria²⁷.

Por si fuera poco, no hemos de olvidar que abordar una necesaria puesta al día de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional exigía bastante más que una discusión parlamentaria dirigida a aprobar una Ley General de Discapacidad. Y ello es así porque la LISMI y la LIONDAU nunca han regulado al completo el amplio espacio de materias que afectan a la discapacidad. En este sentido, hay materias de gran relevancia que están pendientes de un ajuste a la Convención y que tradicionalmente no han formado parte de la LISMI y de la LIONDAU²⁸, ya sea porque han de ser objeto de ley orgánica, ya sea porque han sido abordadas por la normativa civil, como es el caso de las materias relacionadas con la capacidad de obrar. Cabe reseñar, como mínimo tres ámbitos de gran relevancia y de necesaria adaptación a la lógica de la Convención como son la regulación de la capacidad de obrar (art. 12 de la Convención)²⁹; de la libertad y seguridad de la persona (art. 14) o, en fin, las cuestiones relacionadas con el sufragio activo y pasivo, ambiciosamente reguladas por la Convención Internacional en su artículo 29, dedicado a la participación en la vida política y pública³⁰. En conclusión, no solo habría sido necesario abrir un debate parlamentario sistemático sobre la materia sino que la reflexión debería haber ido más allá de la elaboración de una Ley general, y haber incluido en el debate materias tradicionalmente reguladas en otras disposiciones legales. Seguramente, un planteamiento global de puesta al día evitaría dislates como el Proyecto de Ley de reforma del Código Penal que prevé internamientos potencialmente indefinidos de personas con discapacidad, en

²⁷ Sobre las relaciones entre el ordenamiento jurídico español, la Convención, y la adaptación de aquel a esta, vid: Pérez Bueno, L.C.: "La recepción de la Convención de la ONU en el Ordenamiento Jurídico Español: Ajustes Necesarios", en Pérez Bueno, L.C. (Director) y Sastre, A.: (Coordinadora): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, Thomson Reuter, 2009, págs. 319 y ss.

²⁸ Vid al respecto De Lorenzo, R.: "Los contornos del derecho de la discapacidad", ob. cit., págs. 109 y 110.

²⁹ En esta materia, no obstante, el TRLGDPD introduce una interesante novedad ya que sin entrar en detalles, el artículo 6 de la nueva Ley señala bajo la rúbrica "Respeto a la autonomía de las personas con discapacidad" algunos principios inspirados en el artículo 12 de la Convención Internacional y que apuntan a la reforma en la normativa civil común y autonómica. Nótese que la Convención utiliza la expresión capacidad jurídica para referirse a nuestra capacidad de obrar. Sobre la cuestión vid la interesantísima aportación de Barif?, F.J.: "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU", en Pérez Bueno, L.C. (Director) y Sastre, A.: (Coordinadora): *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, Thomson Reuter, 2009, págs. 353 y ss.

³⁰ Sobre la notoria falta de sintonía entre la Convención Internacional y la normativa interna en materia de derecho de sufragio activo y pasivo, es excelente el artículo de Fernández Maeso, M.: "¿Cómo que no puedo votar?", EL PAÍS, de 8 de enero de 2014, págs. 34 y 35, accesible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/01/07/actualidad/1389128922_739374.html, consultado el 9 de junio de 2014.

tanto que medidas de seguridad, planteamiento que puede incurrir a las claras en discriminación por razón de discapacidad, vulnerando los artículos 14 y 49 CE así como el artículo 5.2 de la Convención³¹. Afortunadamente, las últimas gestiones de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados parecen indicar una nueva orientación de la reforma³².

En fin, al hilo de lo que se acaba de señalar y en coherencia con la necesidad de un replanteamiento a fondo de las diversas regulaciones internas de la discapacidad, cabría también la reflexión a propósito de si era necesario mantener una Ley General de Discapacidad, que es lo que a fin de cuentas supone el TRLGDPD, o bien limitarse a promover los derechos de las personas con discapacidad en normas generales³³ del ámbito educativo, sanitario, de Servicios Sociales u otros, partiendo del mantenimiento de la LIONDAU. La cuestión es interesante, pero también ha sido momentáneamente robada al debate aunque sería necesario abordarla en un futuro. A título de ejemplo, en la parcela del Derecho del Trabajo se produce una tensión menor entre el contenido laboral de la LISMI –y ahora el TRLGDPD–, por un lado, y el TRLET y la Ley 56/2003, por otro. Otro tanto sucede en el ámbito de la legislación educativa entre el TRLGDPD, arts. 18 a 21 (Capítulo IV del Título I), y la normativa educativa estatal, arts. 71 y ss de la Ley Orgánica 2/2003, de 3 de mayo de Educación, y autonómica³⁴.

3.3 Adecuación constitucional del TRLGDPD

El TRLGDPD es un texto que suscita algunas dudas en clave de constitu-

³¹ Una presentación general del Proyecto de Ley y de sus cuestiones clave en Prats, J.: “¿Enfermos mentales y presos para siempre?”, EL PAÍS de 7 de abril de 2014, accesible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/04/06/actualidad/1396816993_322595.html, consultado el 7 de junio de 2014.

³² A este respecto, la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados aprobó por unanimidad el día 10 de junio de 2014 una Proposición no de Ley, asumiendo su apoyo al colectivo de personas con trastorno mental mediante el compromiso de “velar por que en la reforma del Código Penal reciban un tratamiento justo, adecuado y sin discriminación de ningún tipo”. En concreto, la Proposición asume prescindir de la utilización del término “peligrosidad” asociado al trastorno mental. *Vid* el texto de la Proposición aprobada en el BOCG, Serie D, núm 509, de 19 de agosto de 2014. La Proposición fue formulada por el Grupo Parlamentario Socialista y publicada en el BOCG, Serie D, núm. 364, de 26 de noviembre de 2013.

³³ Azua Berro, P.: “Evolución de la legislación española...”, ob. cit., : pág. 141, apuntaba hace algún tiempo que “Todo parece indicar que la evolución legislativa tomará la senda del “*mainstreaming*”, que aunque nace para integrar la perspectiva de la igualdad de género en todos los ámbitos, con frecuencia se viene aplicando al ámbito de la discapacidad. Sin embargo, la dialéctica legislación específica frente a legislación general en la que quepa éste y otros colectivos desfavorecidos, va a seguir presente”.

³⁴ Téngase en cuenta que en materia educativa, la legislación autonómica dispone de un amplio espacio de despliegue. A título de ejemplo, la Ley catalana 12/2009, de educación aborda algunas cuestiones que posteriormente son desarrolladas con notable detalle por el Decreto catalán 229/1997, de 25 de noviembre, sobre atención educativa a personas con necesidades especiales.

cionalidad que merece la pena subrayar con alcance general, sin perjuicio de que más adelante se proceda a reflexionar sobre la adecuación constitucional de su contenido laboral. Ya se ha apuntado cómo, *a priori*, no hay impedimento constitucional alguno para que las Cortes puedan atribuir al Gobierno la capacidad de refundir diversos textos con rango de Ley sobre materias determinadas (art. 82.5 CE), delegación que podrá llevarse a cabo mediante una Ley ordinaria (art. 82.2 CE). Ahora bien, si dicha legitimación es indiscutible, una primera lectura del TRLGDPD suscita al menos dos cuestiones relacionadas, respectivamente, con el ámbito normativo a refundir y con el alcance de la actividad de aclaración, armonización y regularización.

3.3.1. La identificación del ámbito normativo a refundir y la “refundición” parcial de la Convención Internacional

La primera cuestión que suscita el TRLGDPD en clave constitucional tiene que ver con la exigencia del artículo 82.3 CE en el sentido de que la delegación legislativa habrá de otorgarse “para materia concreta”, añadiendo el artículo 82.5 que “la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación”³⁵. Ciertamente, la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, autorizaba al Gobierno para proceder a la refundición de la LISMI, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, pero nada señalaba al respecto, afortunadamente, dada la complejidad que ello entrañaría, a propósito de la Convención Internacional.

Pues bien, lo cierto es que el Gobierno ha llevado a cabo una refundición de los tres textos legales añadiendo, cuando le ha parecido oportuno, aspectos recogidos en la Convención Internacional, pero no en la legislación interna. La exposición de motivos no oculta la operación; antes al contrario, señala que se han revisado “los principios que informan la Ley conforme a lo previsto en la Convención”, razón por la cual aparecen en el artículo 3 de la Ley tres principios que no aparecían ni en la LISMI ni en la LIONDAU³⁶. Asimismo, el nuevo texto legal incorpora entre otros, la discriminación por asociación (art. 2 e)) que “existe cuando una persona o grupo en que se integra es objeto

³⁵ Virgala Foruria, E.: “La Delegación Legislativa...”, ob. cit. pág. 1491, subraya que “la ley de refundición ha de señalar exactamente qué sector del ordenamiento jurídico es el afectado por la delegación legislativa”.

³⁶ Los principios más novedosos del TRLGDPD son (art 3):

“d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana”

“j) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad”

“i) El respeto al desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad, y, en especial, de las niñas y los niños con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad”.

de trato discriminatorio debido a su relación con otra por motivo o razón de discapacidad”, reconocida expresamente en el acervo jurídico europeo a partir de la STJUE de 17 de julio de 2008³⁷. Igualmente, son resultado de esta refundición *sui generis* con la Convención los artículos 53 y 54.1 del TRLGDPD, que acogen algunos aspectos de participación en la vida política y pública³⁸ no reflejados previamente en ninguno de los textos objeto de refundición³⁹, que no dejan de ser una clara reproducción de las ideas esenciales del artículo 29 de la Convención Internacional en materia de participación política. Este proceder del Gobierno generó en su momento una llamada de atención, no muy severa por cierto, del Consejo de Estado, que en el apartado III de su informe subraya la incoherencia de refundir la Convención teniendo en cuenta que el texto no es una de las tres normas objeto de la refundición⁴⁰, y añadiendo otra crítica absolutamente inapelable, al recordar que la adaptación normativa a la Convención debía haberse completado mediante la Ley 26/2011, de 1 de agosto, específicamente dedicada a este quehacer⁴¹.

Cuestión diferente es que en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Real Decreto-Legislativo, elaborada por el Gobierno

³⁷ Asunto C-303/2006, *Coleman v Attridge*.

³⁸ El artículo 53 del Texto Refundido, establece que “Las personas con discapacidad podrán ejercer el derecho de participación en la vida política y en los procesos electorales en igualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos conforme a la normativa en vigor. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen”. Asimismo, el artículo 54.1 del Texto Refundido establece que “Las personas con discapacidad podrán participar plena y efectivamente en la toma de decisiones públicas que les afecten, en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos. Para ello, las administraciones públicas pondrán a su disposición los medios y recursos que precisen”.

³⁹ Debe tenerse en cuenta que la LIONDAU sí recogía algunos de los elementos que han aparecido en el Capítulo VIII del Texto Refundido –Derechos de participación en los asuntos públicos–, como es el caso de los apartados 2 y 3 del artículo 54 y del artículo 55, que son la reproducción, respectivamente, de los artículos 15.1; 15.2 y 15.3 de la LIONDAU.

⁴⁰ Al respecto, señala el Dictamen 1183/2013 elaborado a propósito del Proyecto de TRLGDPD, “(...) que el Gobierno, en su labor de refundición, debería seguir más de cerca los textos legales que se refunden, evitando innovaciones que, en todo caso, podrían ser objeto de una posterior iniciativa legislativa”.

⁴¹ “A este respecto hay que tener en cuenta que la Convención no es una de las tres normas objeto de la refundición, sino que la Ley 26/2011, de 1 de agosto, llevó a cabo, como el propio título de la norma indica, la adaptación normativa de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con la Discapacidad, que ya formaba parte de nuestro ordenamiento jurídico desde su entrada en vigor el 3 de mayo de 2008. Es importante recordar a este respecto que la citada Ley 26/2011 de adaptación de la Convención modificó las Leyes 13/1982 y 51/2003 que son objeto de refundición (junto con la Ley 49/2007), de modo que la Convención ya ha sido incorporada expresamente a nuestro ordenamiento jurídico en la forma descrita con las correspondientes adaptaciones de las leyes que ahora se proyecta refundir”. Todo ello más allá del carácter incompleto de la adaptación, señalado en un punto anterior.

y remitida al Consejo de Estado⁴², el ejecutivo sugiere que la pretensión del Texto Refundido sería hacer coherente la regulación básica con normas posteriores, dedicadas a campos específicos de la discapacidad, lo que tampoco es en sentido estricto el objeto del TRLGDPD. Formalmente, la refundición del artículo 82.5 TRLGDPD no pretende armonizar la legislación básica con la regulación educativa o laboral, como el TRLET o la Ley 56/2003, aunque hay que reconocer que utilizar el Texto Refundido con esta finalidad tiene cierta lógica, como se señalará en el apartado correspondiente al contenido laboral del TRLGDPD. A título de ejemplo, si la Ley de Empleo ha modificado determinados contenidos de la LISMI será razonable que el nuevo TRLGDPD tenga en cuenta esta realidad y no reproduzca literalmente el contenido de la LISMI.

3.3.2. *El alcance de la armonización, aclaración y regularización de los textos legales*

Ya se ha señalado que el artículo 82.5 CE prevé que en la elaboración de textos refundidos será posible regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que hayan de ser refundidos, y ese es el tipo de autorización que recibió el Gobierno del Estado mediante la Ley 26/2011 para proceder a la aprobación del TRLGDPD. Por lo tanto, se trataría de fusionar textos clarificando y armonizando los elementos de contradicción que puedan darse entre ellos⁴³, lo que evidentemente va a permitir que el Gobierno ejerza un papel creativo a la hora de llevar a cabo la tarea de refundición, superando una mera actividad de depuración de errores e incorrecciones⁴⁴. En efecto, es prácticamente imposible resolver las contradicciones que puedan darse entre dos o más textos sin introducir reglas adicionales a las existentes. A estos efectos, cabe señalar algunas directrices subrayadas por el Tribunal Constitucional

- a) Así, en primer lugar la STC 13/1992, de 6 de febrero, FJ 16º insiste en que tal habilitación permite “introducir normas adicionales y complementarias a las que son objeto estrictamente de refundición, siempre que sea necesario colmar lagunas, precisar su sentido o, en fin, lograr la coherencia y sistemática del único texto refundido”.
- b) Asimismo, la STC 166/1997, de 4 de julio, FJ núm. 8 apunta cómo “la labor refundidora que el Legislador encomienda al Gobierno aporta también un

⁴² Citada por el Informe 1183/2013 del Consejo de Estado en diversos de sus apartados. Así, señala la Memoria de 30 de septiembre de 2013 que “En el caso de la LISMI, esta Ley ha ido sufriendo múltiples modificaciones de distintos alcance desde su aprobación. Muchos aspectos de su regulación como la educación, la accesibilidad o el empleo, han sido desarrollados por leyes posteriores específicas en la materia (...)”. Ahora bien, la normativa educativa o laboral no estaba entre las Leyes objeto de refundición, de modo que la Memoria no parece del todo bien orientada.

⁴³ En lo que concierne a la regularización, no parece que añada nada apreciable a las funciones de clarificación y armonización de contradicciones. De hecho, el Tribunal Constitucional en su sentencia 13/1992, de 6 de febrero (FJ 16º) ha señalado que las tres funciones son sustancialmente equivalentes.

⁴⁴ Virgala Foruria, E.: “La Delegación Legislativa...”, ob. cit. pág. 1491.

contenido innovador, sin el cual carecería de sentido la delegación legislativa". De este modo, es posible que un Real Decreto-Legislativo introduzca contenido novedoso en el Texto Refundido sin incurrir en *ultra vires* ya que la delegación "habilita para llevar a cabo una depuración técnica de los textos a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático".

Por lo tanto, es evidente que el TC admite la posibilidad de introducir modificaciones al tiempo que se procede a refundir. A estos efectos, en el siguiente apartado procederemos a analizar las modificaciones introducidas en el contenido laboral de LISMI, a la luz de esta jurisprudencia, sin perjuicio de que el TC no siempre ha sido complaciente con la función refundidora, como sucede en la STC 51/2004, de 13 de abril, que decretó la nulidad parcial de un Texto Refundido del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña en materia urbanística por incurrir en *ultra vires*.

4. EL CONTENIDO LABORAL DEL TRLGDPD Y LAS PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS

4.1. Consideraciones generales sobre el contenido laboral del Texto Refundido

Con carácter general, el contenido laboral del TRLGDPD es el correspondiente al Capítulo VI del Título I, encabezado por la rúbrica "Derecho al trabajo", que viene a substituir al Título VIII de la LISMI, encabezado por la rúbrica "De la integración laboral". El cambio de denominación va en la buena dirección ya que muestra muy a las claras la pretensión de consolidar el paso del modelo médico de la LISMI, al modelo social de la Convención Internacional y de la LIONDAU, fundado no tanto en una noción asistencial, la de la integración laboral, sino que se fundamentaría en una noción de derechos. Ahora bien, como veremos, algunos sutiles pero intensos cambios operados en el contenido laboral del Texto Refundido no auguran buenos presagios a propósito de la adecuación a la Convención. Como novedad, en la sistemática del TRLGDPD se prevé una división del contenido en cuatro secciones, siendo la primera de ellas dedicada a disposiciones generales (arts. 35 a 39), mientras que la segunda (arts. 40 a 42), la tercera (arts. 43 a 46) y la cuarta (art. 47) se dedican, respectivamente, a empleo ordinario, a empleo protegido y a empleo autónomo. Se advierte, no obstante, que el comentario que sigue no se va a ceñir al análisis del Capítulo VI del Título I del TRLGDPD ya que hay otros contenidos de notable interés, que interactúan con el contenido laboral. Me

estoy refiriendo a diversos preceptos ubicados en otros apartados de la Ley: la noción de persona con discapacidad (art. 4); la regulación del apoyo para la actividad profesional (art. 17) y, en fin, algunas de las novedades reflejadas en el precepto legal dedicado a los centros ocupacionales (art. 52).

A grandes rasgos, el contenido estrictamente laboral del TRLGDPD es el de la LISMI, aunque el nuevo articulado ha suprimido algunos elementos, lo que tiene una cierta lógica. Al respecto, dado el margen con el que cuenta la potestad refundidora es aceptable que el Gobierno haya suprimido contenido inoperante como el del artículo 44 de la vieja LISMI, dedicado a la integración en la Seguridad Social de los trabajadores con discapacidad de entornos protegidos⁴⁵. Asimismo, se suprime el contenido del artículo 40 LISMI, que habilitaba al ejecutivo para desarrollar el empleo selectivo, lo que comporta dejar sin cobertura legal algunos de los artículos del RD 1451/1983, de 11 de mayo, de empleo selectivo y medidas de fomento de empleo de personas con discapacidad⁴⁶. El capítulo de las supresiones incluye la eliminación de los artículos 47 y 48 de la misma Ley, dedicados al derogado subsidio de garantía de ingresos mínimos, sin perjuicio de que todavía quedan beneficios del mismo (disposición transitoria única del TRLGDPD). A este respecto, si el Tribunal Constitucional (STC 166/1997, de 4 de julio, FJ núm. 8) admite dentro de las tareas de refundición “llevar a cabo una depuración técnica de los textos” objeto de refundición, la tarea depuradora ha de incluir tal suerte de supresiones. Más sospechosa se me antoja la eliminación del artículo 46 LISMI ya que se suprime un contenido que también ha pasado sin pena ni gloria pero que podía representar algún papel en el favorecimiento del tránsito de trabajadores

⁴⁵ El viejo artículo 44 de la LISMI preveía que “Los trabajadores con discapacidad empleados en los Centros Especiales de Empleo quedarán incluidos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, dictándose por el Gobierno las normas específicas de sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social, en atención a las peculiares características de su actividad laboral”. Se trata de un artículo que cabría interpretar como prescindible porque venía a señalar que a los trabajadores de Centros, se les debía de dar de alta en el Régimen de Seguridad Social correspondiente a la actividad del Centro, lo que estaba de más si partimos de que la actividad en Centros es una actividad laboral. Pero también el artículo 44 podía ser interpretado como una suerte de artículo constitutivo de un Régimen Especial de Seguridad Social para las personas con discapacidad que trabajasen en Centros Especiales de Empleo, lo que en sí mismo ya era mucho más inquietante, si bien Aznar López, M. y otros: *Integración social de los Minusválidos*, Madrid, MTSS, 1982, pág. 154, señalaron la posibilidad como aconsejable en perspectiva unificadora del régimen de Seguridad Social de los trabajadores de entornos protegidos, sin tener en cuenta los riesgos evidentes de precarización que todo ello habría comportado. De cualquier modo, el precepto ha pasado sin pena ni gloria por lo que la simplificación operada se me antoja necesaria para aligerar el texto de contenido superfluo.

⁴⁶ Se trata de una supresión más que discutible. La cuestión se aborda en PASTOR MARTÍNEZ, A. y SOLA MONELLS, X.: *La incidencia de la discapacidad sobrevenida sobre la relación laboral*, Tirant lo Blanch, en preparación.

desde el empleo protegido hasta el empleo ordinario⁴⁷. Más adelante volveré sobre esta cuestión porque si bien el principio de transición del empleo en protegido al empleo normalizado se mantiene formalmente en el artículo 43.1 TRLGDPD, los cambios operados van en la dirección contraria.

Por lo demás, se ha de recordar que la reforma aporta también otros contenidos no reflejados en las leyes refundidas, como es el caso del correspondiente a los artículos 37, dedicado a los tipos de empleo de las personas con discapacidad; 41, sobre los servicios de empleo con apoyo; 46, que aborda los enclaves laborales y, finalmente, el artículo 47 dedicado al empleo autónomo.

Con carácter previo al análisis del Capítulo VI del Título I del TRLGDPD, abordaremos los cambios operados en una cuestión general pero de marcada incidencia en el empleo: la noción jurídica de persona con discapacidad.

4.2 La nueva noción de persona con discapacidad y su incidencia en el ámbito del empleo

Con anterioridad a la aprobación del TRLGDPD, la única disfunción en materia laboral que habría justificado técnicamente una aclaración o armonización a través de un Texto Refundido era precisamente la contradicción generada entre la LISMI y la LIONDAU en materia del concepto de persona con discapacidad. A este respecto, el artículo 7 de la LISMI definía al titular de los derechos como “las personas cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. La LISMI no hacía referencia a un determinado porcentaje de discapacidad⁴⁸, de modo que fueron sobre todo disposiciones reglamentarias las que posteriormente clarificaron que cabía entender por persona con discapacidad a los efectos del empleo a la que alcanzase al menos un 33 por 100 de discapacidad en la aplicación del baremo del RD 1979/1999. Tal es el caso, entre otros, del RD 1368/1985, regulador de la relación laboral especial en Centros Especiales, si bien en 2001, la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001, reformada posteriormente por la LIONDAU, establecía que para acceder a medidas de fomento de empleo para el mercado ordinario era necesario acreditar una discapacidad no inferior al 33 por 100.

⁴⁷ Al respecto, el artículo 46 LISMI establecía que “los equipos multiprofesionales de valoración deberán someter a revisiones periódicas a las personas con discapacidad empleadas en los Centros Especiales de Empleo a fin de impulsar su promoción teniendo en cuenta el nivel de recuperación y adaptación laboral alcanzado”. Por su parte, el Dictamen del Consejo Económico y Social, cit. pág. 13, justificaba precisamente la supresión del precepto “debido a la falta de aplicación del RD 1368/1985, de 17 de julio, que regulaba este aspecto”.

⁴⁸ Se trata de una disfunción ya resaltada por Aznar López, M. y otros: *Integración social...*, ob. cit., pág. 47, subrayando que la supresión de una enmienda aprobada en el Senado y dirigida a la inclusión de un determinado porcentaje “plantea algunas incertidumbres”.

La irrupción de la LIONDAU en 2003 comportó la aparición, en el ámbito regulado por esta Ley, de un concepto de discapacidad más amplio y flexible que acabaría mostrando sus contradicciones con el de la LISMI. Al respecto, el artículo 1.2 de la LIONDAU establecía un concepto de persona con discapacidad casi idéntico al del TRLGDPD según el cual, serían personas con discapacidad las que “presenten deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Ahora bien, la novedad radicaba en que el tercer párrafo del artículo 1.2 LIONDAU establecía que “a los efectos de la Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento”. Con una cierta ambigüedad la LIONDAU añadía a continuación que “En todo caso, se considerarán que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”. El debate no tardó en abrirse entre algunas posiciones judiciales que defendían que este concepto ampliado de persona con discapacidad era también aplicable al ámbito del empleo⁴⁹. Dicha posición podía defenderse teniendo en cuenta que la LIONDAU señalaba que dicha asimilación era aplicable “En todo caso”. Sin embargo, el tercer párrafo del artículo 1.2, en el que se recogía esta noción ampliada, venía encabezado por la idea de que el concepto lo era “a los efectos de esta Ley”, y la LIONDAU no era un texto aplicable directamente al ámbito del empleo y la ocupación. Antes al contrario, el artículo 3 de la LIONDAU clarificaba los ámbitos del nuevo texto de 2003, reservándose un papel meramente supletorio en materia laboral⁵⁰.

Más allá del juego interpretativo al que se prestaba el artículo 1.2 de la LIONDAU había también un debate de fondo. La cuestión estaba en la razonabilidad de considerar persona con discapacidad a todas las personas declaradas en incapacidad permanente en grado de total o superior o bien si no era más razonable exigir, caso por caso, que se alcanzase al menos un grado del 33

⁴⁹ Un comentario a dicha doctrina judicial en Arias Domínguez, A.: “De nuevo sobre la (no deseable) eficacia jurídica de la automática concesión de la condición de minusválido a los perceptores de prestaciones de incapacidad permanente por obra del artículo 1.2 de la Ley 51/2003. Comentario a la STSJ de Asturias, de 26 de octubre de 2007 (AS 2007, 3651)”, *Aranzadi Social*, núm. 3, 2008

⁵⁰ El artículo 3 LIONDAU en su último párrafo señalaba que “La garantía y efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, en el ámbito del empleo y la ocupación, se regirá por lo establecido en esta Ley, que tendrá carácter supletorio a lo dispuesto en la legislación específica de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación”.

por 100 en aplicación del baremo del RD 1979/1999. A este respecto, algunas personas declaradas en incapacidad permanente total, pueden acreditar en realidad un levisimo grado de discapacidad, si consideramos que una lesión globalmente leve, pero importante para las funciones desempeñadas, puede dar lugar a una incapacidad permanente total. Lo cierto es que el Tribunal Supremo uni?có doctrina mediante diversas sentencias iniciadas por la de 21 de marzo de 2007 (RJ 2007/3539), en la que consideró que dicha asimilación no era posible porque *grossa modo* la LIONDAU no era aplicable al ámbito del empleo. La postura del Tribunal Supremo se me antoja la más plausible, tanto desde el punto de vista estrictamente interpretativo como, sobre todo, desde el punto de vista de fondo ya que la asimilación favorecía el acceso a ayudas y al empleo en Centros Especiales a personas con di?cultades muy menores desde un punto de vista general. Por ejemplo, dicha interpretación habría permitido, --y permitirá a resultas del contenido del Texto Refundido--, que trabajadores que ni siquiera alcanzasen el 33 por 100 en aplicación del baremo pudiesen ser contratados por Centros Especiales de Empleo bajo la relación laboral especial. Otro tanto cabe decir respecto a la reserva de empleo.

Pues bien, el TRLGDPD tras señalar una noción general de discapacidad de inspiración social en su artículo 4.1⁵¹, añade (art. 4.2) una clari?cación necesaria y ausente en el texto de la LISMI --no en el de la LIONDAU-- al apuntar que “a todos los efectos tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100”. De este modo, con un alcance general que considero positivo⁵², el legislador subraya la necesidad de acreditar un grado de discapacidad no inferior al 33 por 100, exigencia que el texto de la LISMI no llegó a establecer⁵³.

Además, el legislador aclara otro desencontro preexistente entre LISMI y LIONDAU señalando que las personas declaradas en situación de incapacidad permanente total o superior tendrán la consideración “a todos los efectos” de persona con discapacidad, lo que incluye el ámbito del empleo y comporta la

⁵¹ La noción es muy próxima a la de la LIONDAU y establece que (art. 4.1) son personas con discapacidad aquellas que presentan de?ciencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

⁵² No obstante, lo anterior, llama la atención que en su último inciso el artículo 4.2 recuerde que “Las normas que regulen los bene?cios o medidas de acción positiva podrán determinar los requisitos especí?cos para acceder a los mismos”. Ello sugiere como mínimo una notable libertad a la hora de elevar el porcentaje de discapacidad o a la hora de exigir otras características para acceder a otros bene?cios; también en materia de empleo.

⁵³ Se trata de una clari?cación con un planteamiento en el que pesa el modelo médico de la discapacidad y que resulta imprescindible para identi?car con seguridad jurídica a las personas con discapacidad.

desautorización de la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes reseñada. A este respecto, la opción del Gobierno es impecable en perspectiva constitucional porque existía una contradicción entre los dos textos objeto de refundición que era conveniente aclarar. Por lo tanto, el ejercicio de clarificación y armonización implica optar por alguna de las soluciones posibles, al tiempo que la opción adoptada permite aprovechar la valoración de la persona con discapacidad efectuada en sede de Seguridad Social para que tenga alcance general, todo ello sin olvidar que otras leyes habían tomado ya esta orientación⁵⁴. Ahora bien, más allá de la legitimidad de la opción tomada, la elección de un concepto Áexible de persona con discapacidad encaja con una clara línea de cambios que comentaremos a continuación y que no deberían haberse abordado mediante un Texto Refundido. Antes al contrario, el calado político del conjunto de reformas introducidas exigía un debate de mayor altura.

En este sentido, se resaltarán a continuación los contenidos laborales de mayor novedad del nuevo Texto Refundido, mientras que en los últimos apartados me referiré a aclaraciones o armonizaciones que sin implicar novedad radical en el texto, tienen una especial signifiación.

4.3 Novedades directas aportadas por el TRLGDPD. En especial, la supresión del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo

Entrando en detalle, el contenido novedoso de mayor calado en materia laboral viene representado por el nuevo artículo 37.1 del TRLGDPD en el que entre otras cosas se señala que “Será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar su calidad en el empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación”⁵⁵. Por su parte, el artículo 37.2 TRLGDPD lista los diversos tipos y subtipos de empleo, distinguiendo entre empleo ordinario, protegido y autónomo, recordando en fin que “el acceso al empleo público se regirá por la normativa reguladora de la materia”.

Sin ningún género de duda, el nuevo artículo 37.1 TRLGDPD refleja un auténtico “golpe de autoridad” sobre el Consejo de Ministros de una parte del

⁵⁴ Y no precisamente en materias menores. Así, el concepto amplio de persona con discapacidad se encuentra en la Ley 43/2006, de 29 de diciembre (art. 2.2), en materia de bonificaciones de Seguridad Social o bien en la Ley 7/2007, de 12 de abril, reguladora del Estatuto Básico del Empleado Público (art. 59).

⁵⁵ Finaliza el nuevo artículo 37.1 de la Ley recordando que las administraciones públicas fomentarán sus oportunidades de empleo promoviendo en general los apoyos necesarios para la “búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo”, contenido al que se dedica con mayor detalle el artículo 39 del nuevo Texto Refundido, sucesor del viejo artículo 38.4 LISMI.

sector de la discapacidad; sobre todo, de los grupos más favorables a una expansión generalizada del empleo protegido⁵⁶. Así, el nuevo artículo 37 TRLGDPD elimina por omisión el principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo presente en nuestro ordenamiento jurídico desde 1982 en el contenido del viejo artículo 37 LISMI. Se trata de una operación de improbable justificación ya que el artículo 82.5 CE habilita al ejecutivo a armonizar, aclarar y a regularizar textos pero el principio de preferencia por el empleo normalizado no generaba ningún tipo de contradicción ni de duda entre la LISMI y la LIONDAU. Ahora bien, la operación es aún más incomprensible teniendo en cuenta que el nuevo artículo 37.1 del TRLGDPD entra en rotunda contradicción con el artículo 27.1 de la Convención Internacional, que proclama el derecho a ganarse la vida en un entorno y mercado laborales que sean “abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad”. En otras palabras, la pretendida adaptación de la normativa interna a la Convención, subrayada en la exposición de motivos del nuevo Texto Refundido, quiebra estrepitosamente en este punto.

Así pues, el TRLGDPD pretende substituir la cantidad por la calidad de manera que ya no es prioritario el empleo normalizado, sino que lo importante es aumentar las tasas de empleo y de actividad de las personas con discapacidad, sea donde sea. No en vano, la relación de los tipos de empleo del artículo 37.2 TRLGDPD no contiene jerarquías, sino que el derecho al trabajo se ejercerá indistintamente a través del empleo ordinario, del empleo protegido y, en ?n, del empleo autónomo. De este modo, el discurso según el cual todas las opciones de empleo son igualmente válidas se abre camino⁵⁷, pero lo hace cometiendo las graves irregularidades jurídicas ya señaladas y enterrando uno de los pilares de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Disca-

⁵⁶ Entre las entidades que han manifestado su adhesión a un planteamiento expansivo del empleo protegido cabría destacar el Grupo Fundosa, al que me he referido en nota anterior o la Confederación Nacional de Centros de Empleo (CONACEE), que se distingue por la reivindicación de un modelo expansivo de empleo protegido.

⁵⁷ ReAjean este sentir las opiniones señaladas por Sánchez-Cervera Senra, J.M.: “Nueva realidad social y jurídica de los Centros Especiales de Empleo. Empleo y discapacidad, alternativas necesarias”, en AA.VV.: *Congreso Nacional Empleo y Discapacidad*, Burgos, AFEM, 2007, pág. 40, quien reivindicaba que “resulta necesario y urgente que en el marco jurídico de los CEE se reconozca a éstos con la misma con?guración que las empresas dentro del sistema económico de producción de bienes y servicios, debiéndose superar el modelo subsidiario y de tránsito hacia el empleo ordinario con el que aparecen en la LISMI y normas de desarrollo”. El Informe de Backer&Mckenzie: *Las políticas de inserción laboral de las personas con discapacidad a través del mercado protegido. Aspectos críticos para su mantenimiento y desarrollo sostenible*, ejemplar fotocopiado, 2014, realiza una defensa cerrada de este planteamiento en todos sus apartados. Se trata de un informe elaborado a instancias de la patronal Confederación Española de Centros Especiales de Empleo (CONACEE), accesible en su página web <http://conacee.org/noticias.php> (consultada el día 10 de octubre de 2014), tal y como se señala en el documento de CONACEE: *Centro Especial de Empleo. Un modelo inclusivo de futuro*, ejemplar fotocopiado, 2014, pág. 4. Este último documento es también consultable en <http://conacee.org/noticias.php> (consultada el día 10 de octubre de 2014).

pacidad 2008-2012: la promoción de una mayor contratación de personas con discapacidad en la empresa ordinaria. Así, el nuevo Texto Refundido consigue por la puerta de atrás un resultado sorprendente: adaptar la normativa a una realidad labrada durante años: la del aumento creciente del peso del empleo en Centros⁵⁸. En este sentido, algunas voces vinculadas al sector han señalado hace tiempo que la integración en el medio ordinario ha fracasado⁵⁹ pero tampoco proponen rearmar la lucha contra conductas discriminatorias impropias de nuestro contexto jurídico y social; antes al contrario, algunos documentos insisten en la complacencia con la discriminación hasta extremos francamente grotescos⁶⁰. Y es que lo que ha alimentado ese rechazo de algunas empresas al empleo de las personas con discapacidad ha sido precisamente una regulación y ejecución extraordinariamente flexibles de la excepcionalidad y de las medidas alternativas a la reserva de empleo –RD 364/2005, de 8 de abril–, auspiciada en su día por una parte del sector de la discapacidad mediante el I Acuerdo MTAS-CERMI y que ha desviado trabajadores hacia entornos prote-

⁵⁸ Al respecto, pueden consultarse algunos datos sobre este crecimiento en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F.: “Estudio introductorio”, en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F. (Directores): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 35 y 36.

⁵⁹ Ese es el discurso defendido por Sánchez-Cervera Senra, J.M.: “Nueva realidad..”, ob. cit., pág. 34, al señalar que “La empresa ordinaria no constituye alternativa de ocupación, y ello no obstante de la obligación de la Cuota de Reserva del artículo 38 de la LISMI, que ha sido sistemáticamente incumplida, y en ocasiones, ni exigida”. También Backer&McKenzie: *Las políticas...* cit., pág. 12 denuncia que “hoy el mercado sigue excluyendo de manera flagrante a las personas con discapacidad”, pero como contrapartida nos ofrece la “solución” comentada en la nota siguiente. CONACEE: *Centro Especial de Empleo...*, cit., pág. 2 se une al diagnóstico con el mismo tratamiento: potenciar simple y llanamente el empleo protegido.

⁶⁰ Reproduzco a continuación una llamativa propuesta de Backer&McKenzie: *Las políticas de inserción laboral...*, cit., pág. 38, que sugiere como una suerte de alternativa a la imposición de sanciones a las empresas en caso de conductas discriminatorias, la contratación de más medidas alternativas a Centros Especiales de Empleo. En otras palabras, se trata de un planteamiento óptimo para la visión expansiva de los Centros Especiales de Empleo ya que las conductas discriminatorias de la empresa ordinaria alimentarían la segregación. Dada su originalidad, reproduzco a continuación la propuesta en toda su extensión considerando que adolece de un cierto grado de ambigüedad y que, por tanto, merece la pena exponerla para que el lector saque sus propias conclusiones: “Por otro lado y en materia sancionadora, se propone en el caso de conductas de discriminación o de incumplimiento de otras obligaciones legales en materia de discapacidad por parte de las empresas ordinarias, la posibilidad de que los CEEs puedan jugar un papel de colaboración (a través de contratos de prestación de servicios específicos) en el cumplimiento alternativo de dichas obligaciones, de manera que pudieran cumplir un papel de instrumento de mediación prevalente o prioritario en la resolución favorable de conductas irregulares por parte de las empresas ordinarias. Esto es, que desde los poderes públicos se promoviera a los CEEs que fueran específicamente acreditados al efecto (a través de un proceso de contratación específico), para que pudieran actuar como solución *ad hoc* en procesos sancionatorios incoados en contra de empresas ordinarias, para ofrecer una solución que permitiera el cumplimiento de los objetivos en materia de integración de personas con discapacidad”.

gidos⁶¹. En todo caso, el resultado generado por el nuevo Texto Refundido es absolutamente inaceptable, tanto en el fondo como en la forma.

Por otra parte, el nuevo artículo 37 TRLGDPD introduce el principio de la mejora de la calidad en el empleo de las personas con discapacidad⁶². Se trata de un principio inspirador de la Estrategia Global de Empleo de las Personas con Discapacidad 2008-2012, pero que en este caso parece introducido como una especie de muleta del nuevo y forzado artículo 37.1 TRLGDPD. Es decir, de nuevo parecería que lo importante no es dónde se trabaje sino que el empleo sea abundante y de calidad. De cualquier modo, el principio de mejora en la calidad en el empleo tiene un cierto interés y puede potenciar mejoras en el régimen jurídico de algunos incentivos, que a su vez favorezcan mejores retribuciones o una mayor estabilidad en el empleo y en las trayectorias profesionales de las personas con discapacidad⁶³.

Más allá del impacto operado por el nuevo artículo 37, el TRLGDPD aporta tres nuevos artículos sobre materias no tan novedosas. De una parte, dos de esos nuevos artículos pretenden “dar cobijo” a sendos reglamentos aprobados en su día sin una clara cobertura legal y que abordaban la regulación del empleo con apoyo y de los enclaves laborales; se trata, respectivamente, del RD 870/2007, de 2 de julio y del RD 290/2004, de 20 de febrero.

Así, de una parte, el artículo 41 TRLGDPD “regula” la “regulación” de los servicios de empleo con apoyo, entendidos como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de personas trabajadoras con discapacidad con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del medio ordinario de trabajo (...)”, ya regulado mediante el RD 870/2007, de 2 de julio. El nuevo concepto legal recoge a grandes rasgos los pormenores de la “regulación”, fundamentada en el acompañamiento, mediante monitor o preparador laboral, de personas con especiales dificultades en su incorporación y consolidación en el puesto de trabajo. De hecho, el cambio de importancia en la definición legal radica en que no se trata de regular “programas” de empleo

⁶¹ La consulta en cualquier buscador de internet de la expresión “medidas alternativas”, nos lleva a un buen número de páginas de grandes corporaciones de centros (Fundosa, Grupo Sifu, Gureak, Medalter), que ofrecen sus servicios a las empresas que, por lo que se deduce, obtienen fácilmente la declaración de excepcionalidad. Conforma esta impresión el ilustrativo estudio de Pérez Pérez, J.: “La cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad: una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento” *Aranzadi Social*, núm. 4, 2012 (versión Aranzadi Bibliotecas, BIB 2012/1198). Vid en especial su apartado III, págs. 8 y s.

⁶² El texto se refiere también al aumento de la dignificación de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad si bien, sin duda, se trata de una misma idea.

⁶³ Un análisis de detalle sobre las potencialidades de este principio en Esteban Legarreta, R. y Gutiérrez Colominas, D.: “La incentivación del empleo de las personas con discapacidad en el medio ordinario de trabajo”, *Revista Española de Discapacidad*, volumen 2, núm. 1 2014, págs. 8 y ss. Consultable en <http://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/view/106/71>

con apoyo, que es la expresión utilizada por el reglamento de 2007, sino “servicios” de empleo con apoyo, de modo que la nueva regulación legal pretendería transmitir la idea de permanencia en los servicios⁶⁴ e incentivar gastos de estructura de los servicios, no solo la contratación de monitores o preparadores laborales. En otras palabras, se busca una mayor garantía de la ?nanciación del empleo con apoyo, sometido hasta ahora a una gravísima precariedad por falta de convocatorias o escasez de presupuesto en las convocatorias autonómicas⁶⁵, pero da la impresión de que el cambio de “programas a servicios” de empleo con apoyo no va a solucionar los graves problemas de ?nanciación detectados hasta la fecha. Es más, la desaparición del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo, no augura nada bueno a este respecto. Por lo demás y desde una perspectiva sistemática habría sido interesante poner en relación el nuevo artículo 41 TRLGDPD con el artículo 17 del mismo texto legal, dedicado a la regulación del denominado “apoyo para la actividad profesional” que es una versión actualizada y fusionada de los artículos 32 a 36 LISMI.

Por su parte, el artículo 46 TRLGDPD constituye también una novedad relativa al incorporar al nivel legal la ?gura de los enclaves laborales, regulados desde hace diez años por el RD 290/2004, de 20 de febrero. Ahora bien, el texto legal es en este caso todavía más modesto, limitándose a realizar una brevísima descripción de los enclaves a partir de su ?nalidad de favorecer la transición⁶⁶, para pasar a continuación a realizar una completa remisión a un desarrollo reglamentario, ya existente por otro lado. En este caso es todavía más llamativo el carácter extremadamente reducido del contenido legal del enclave ya que no habría estado de más alguna precisión adicional aprovechando su entrada en el contenido de la Ley, de lo que se deduce un claro interés por mantener un amplio margen de potestad reglamentaria. Al respecto, cabe recordar que en los enclaves laborales se fundamentan en contratos de servicios llevadas a cabo en la empresa principal en contextos que con relativa frecuencia pueden ser muy próximos a

⁶⁴ En esta línea se expresa el documento de la Asociación Española de Empleo con Apoyo (AESE): *Consideraciones relativas al proyecto de Real Decreto-Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social*, documento sin fecha, pág. 10.

⁶⁵ Vid al respecto el análisis desarrollado en Esteban Legarreta, R.: “La estrategia global de empleo...”, ob. cit., págs. 67 a 69

⁶⁶ La descripción legal de la ?gura adolece de parquedad, limitándose la Ley a señalar que “Para facilitar la transición al empleo ordinario de las personas trabajadoras con discapacidad con especiales di?cultades para el acceso al mismo, se pueden constituir enclaves laborales, cuyas características y condiciones se establecen reglamentariamente”.

una cesión ilegal de trabajadores⁶⁷. Además, el texto legal omite toda referencia a la obligación reglamentaria de que se acredite un volumen concreto de transición de los enclaves a la empresa, como justificación de su puesta en marcha y de su mantenimiento. Dada la supresión del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo y dados los espacios que el nuevo artículo 46 TRLGDPD deja en manos del desarrollo reglamentario, daría la impresión de que los enclaves van a ser uno de los puntos de preferente intervención de la generosa potestad reglamentaria otorgada por el primer apartado de la disposición final tercera del TRLGDPD. Nótese que el artículo 46 del nuevo texto se refiere al “favorecimiento” de la transición como finalidad de los enclaves pero en ningún momento se subraya la obligación de transición como elemento esencial de los enclaves, que es lo que el RD 290/2004 exige.

En fin, el artículo 47 del Texto Refundido efectúa la obligada mención del empleo autónomo, al final del Capítulo VI del Título I. Se trata de un precepto claramente prescindible, ya que el impulso al empleo autónomo tiene plena cobertura en el artículo 39 de la nueva Ley, dedicado a las “Ayudas a la generación de empleo de las personas con discapacidad”, donde se menciona expresamente. Y es que, efectivamente el nuevo artículo 47 lleva a cabo una simple llamada a los poderes públicos para que impulsen iniciativas de trabajo autónomo⁶⁸. Ahora bien, llama la atención la especificación a propósito de que se impulsen iniciativas de trabajo autónomo a través de entidades de economía social, lo que a todas luces significa una llamada a los poderes públicos para que den pleno apoyo a cooperativas de trabajo asociado que emprendan actividad bajo la estructura de Centros Especiales de Empleo. En las páginas que siguen insistiré en la economía social, como nueva cobertura sin mácula del empleo protegido.

4.4. Novedades normativas fruto de la armonización, aclaración y regularización

Hasta ahora, el análisis de los contenidos laborales del nuevo TRLGDPD se ha centrado en novedades directas del Capítulo dedicado al Derecho al trabajo (Capítulo VI del Título I), y las generadas en el concepto de persona con discapacidad. Ahora bien, la lectura atenta del nuevo texto permite detectar

⁶⁷ Sobre esta cuestión puede verse, entre otras, las reflexiones de Llano Sánchez, M.: “El enclave laboral: ¿cesión de personal discapacitado o subcontratación con Centros Especiales de Empleo?” en AAVV.: *Estrategia Europea, Estado autonómico y política de empleo*, Madrid, MTAS, 2008, pág. 147.

⁶⁸ El nuevo artículo 47 TRLGDPD establece que “Los poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de economía social, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia”.

algunas novedades dignas de mención y de comentario, más allá de lo ya señalado en el apartado anterior respecto a los artículos 37, 41, 46 y 47 de la nueva Ley. También es cierto que algunos preceptos del TRLGDPD prácticamente permanecen idénticos a sus precedentes de la LISMI. Ese es el caso, por ejemplo, de los antiguos artículos 37 bis 2; 38.2; 43 y 45 LISMI que aparecen reflejados en los artículos 40.2; 42; 44 y 45 del TRLGDPD regulando, respectivamente, a) el deber de adaptaciones y accesibilidad; b) la reserva de empleo en la empresa; c) compensación económica para Centros de utilidad pública, imprescindibilidad y ánimo de lucro, así como d) la creación de Centros Especiales de Empleo. Otros contenidos en materia de igualdad y no discriminación en el empleo tampoco han sido objeto ampliaciones, ya que el objeto de los artículos 37.2, 37 bis 1 y 38.2 LISMI ha pasado a grandes rasgos a los artículos 35.3; 35.4; 35.5; 36 y 40.1 del TRLGDPD.

Respecto a las novedades, algunas de ellas responderían, según mi prudente criterio, a mejoras técnicas de la Ley que podrían encajar en una idea de armonizar o mejorar las normas anteriores –fundamentalmente, la LISMI y la LIONDAU–, completando lagunas o actualizándolas a cambios consolidados en otras normas y que ya afectaban al texto de la LISMI.

Un buen ejemplo de todo ello es el artículo 38 TRLGDPD dedicado a la “orientación, colocación y registro de trabajadores con discapacidad para su inclusión laboral”, que introduce algunas modificaciones menores dignas de mención, más allá de que seguramente no tiene sentido que continúe hablándose de colocación cuando, precisamente, la Ley 56/2003, de empleo, se refiere desde hace ya muchos años a la intermediación (art. 20 y ss). Más allá de este último matiz terminológico, es interesante constatar cómo el artículo 38 TRLGDPD efectúa en sus apartados 1 y 3 la inevitable referencia a la intervención de entidades colaboradoras y agencias de colocación en el proceso de intermediación, referencia que no existía en el texto de la LISMI y que era obligada, ya que el texto de la LISMI parecía pretender mantener el monopolio de los Servicios Públicos en materia de intermediación de personas con discapacidad, lo que no tenía ningún sentido, sobre todo a partir de la aprobación de la Ley 56/2003. Por otro lado, me parece ajustado a la normativa de protección de datos de carácter personal que en la regulación del registro de trabajadores con discapacidad demandantes de empleo, el TRLGDPD (art. 38.2) haya añadido la necesidad de consentimiento de los interesados para su inclusión. Se trata de una mención que la LISMI tampoco realizaba, pero que se me antoja necesaria a la luz de lo previsto en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999,

de 13 de diciembre, de tratamiento de datos de carácter personal⁶⁹.

Siguiendo con las novedades “amables” o aparentemente ajustadas a una idea de armonización o aclaración, cabe señalar la mención que se hace en el nuevo artículo 39.2 TRLGDPD a la concesión de ayudas para la eliminación de las “barreras de comunicación o comprensión”, no mencionadas en su antecedente inmediato, el artículo 38.4 LISMI, que se limitaba a señalar las ayudas para la eliminación de barreras que limitasen el acceso o la movilidad en el centro.

En la misma línea creo que cabe encajar la ampliación del concepto de ajuste personal y social en Centros Especiales de Empleo previsto en el artículo 42.2 segundo párrafo de la LISMI, a una noción que incluiría el apoyo laboral (art. 42.2 segundo párrafo TRLGDPD). En este sentido, el ajuste personal y social prestado en entornos protegidos era y continúa siendo una de las razones de ser de los Centros Especiales de Empleo (art. 43 TRLGDPD). Ahora bien la LISMI atribuía a dichos servicios de ajuste un enfoque dirigido preferentemente a parcelas extralaborales –servicios terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos–, recordando quizás el carácter híbrido de los Centros, a caballo entre un centro productivo y un Servicio Social⁷⁰. El planteamiento del TRLGDPD da un salto en esta materia, al entender por servicios de ajuste personal y social “los que permitan ayudar a superar barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo”. No en vano, y para evitar malentendidos, el artículo 43.1 TRLGDPD atribuye la prestación de estos servicios a las unidades de apoyo laboral, ya desarrolladas reglamentariamente mediante el RD 469/2006, de 21 de abril. Eso sí, el Texto Refundido conserva la perspectiva extralaboral de los servicios de ajuste personal y social inclu-

⁶⁹ En este sentido, el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de tratamiento de datos de carácter personal, establece que los datos que hagan referencia a la salud, solo podrán ser recabados cuando, por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente. Realmente, no parece que el interés general justifique la inclusión obligatoria en un censo o registro de trabajadores con discapacidad, por muy importante que sea un eficaz funcionamiento de los servicios que llevan a cabo tareas de intermediación de personas con discapacidad. De este modo, dada la estrecha conexión entre salud y discapacidad y considerando que no hay un interés general insuperable en juego, lo lógico es exigir el consentimiento de los demandantes de empleo.

⁷⁰ Sobre esta cuestión vid entre otros Cordero Gordillo, V.: *Régimen jurídico del empleo de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 288 y 289 y Aznar López, M. y otros: *Integración social...*, ob. cit., pág. 4. Al respecto, el artículo 42.2 segundo párrafo de la LISMI establecía que “Se entenderán por servicios de ajuste personal y social los de rehabilitación, terapéuticos, de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador con discapacidad del Centro Especial de Empleo una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación de su relación laboral”.

yendo en esta noción a los servicios “dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva” de las personas con discapacidad. El planteamiento se me antoja razonable ya que de la redacción del viejo artículo 42.2 LISMI cabía deducir intuitivamente un mayor alcance de los ajustes, lo que se ha consolidado en el redactado del artículo 42.2 TRLGDPD.

En fin, otro tanto cabe señalar sobre algunas novedades en materia de igualdad y no discriminación en el empleo, que completan la amplia batería de medidas dirigidas a la protección del derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. A título de ejemplo, destaca el nuevo artículo 35.7 TRLGDPD que tipifica como discriminatoria “toda orden de discriminar a personas por motivo o por razón de su discapacidad”, lo que a mi juicio es evidente pero puede servir para asegurar que se sancionen conductas empresariales cuya identificación podría diluirse. También es interesante, por novedosa, la llamada al derecho a la igualdad y no discriminación en materia de afiliación sindical, patronal y a organizaciones profesionales efectuada por el nuevo artículo 35.2 TRLGDPD, precepto en el que pesa la influencia del artículo 27.1 c) de la Convención Internacional, que reconoce el deber de los Estados de “Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás”. Menos novedoso se presenta el nuevo artículo 35.6 TRLGDPD con la previsión de que “El acoso por razón de discapacidad, en los términos definidos en la letra f) del artículo 2, se considerará en todo caso acto discriminatorio”.

4.5. Novedades normativas de calado bajo la cobertura de la habilitación para aclarar, armonizar y regularizar

Mucho más problemáticas se presentan algunas novedades en las que de un modo bastante evidente se ha abusado de nuevo de las posibilidades que otorga el artículo 82.5 CE en materia de armonización, aclaración o regularización. En los artículos que a continuación se destacarán no se ha procedido de un modo tan directo como en el art. 37.1 TRLGDPD, antes reseñado, sino que se han introducido sutiles modificaciones con una elevada carga de profundidad que complementan el cambio sin precedentes en el esquema del empleo de las personas con discapacidad. A grandes rasgos los “retoques” que a continuación se señalan van en la línea de consolidar al Centro Especial de Empleo como un entorno productivo en el que o todos o la mayoría de trabajadores con discapacidad, puedan estar afectados por discapacidad leve, lo que constituye un contrasentido, al potenciar la segregación de las personas con discapacidad sin ninguna necesidad objetiva ya que podrían trabajar en entornos normalizados sin requerimientos de apoyo. La segunda de las orientaciones de reforma iría en la línea de favorecer la incentivación del empleo protegido por encima del empleo ordinario, sin hacer distinciones entre Centros con ánimo de lucro

y sin ánimo de lucro.

Entrando en el detalle de la primera de las modificaciones, se ha de tener en cuenta que tradicionalmente la LISMI partía en su artículo 41 de un planteamiento según el cual “tendencialmente” los Centros Especiales de Empleo debían emplear a las personas con discapacidad que “por razón de la naturaleza o de las consecuencias de su discapacidad no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales”. Es decir, según el artículo 41 LISMI el empleo en Centros era una vía que se fundamentaba en las necesidades de los trabajadores afectados por especiales dificultades⁷¹, sin perjuicio de que dentro del mínimo exigido del 70 por 100 de plantilla integrada por personas con discapacidad (art. 42.2 LISMI y 43.2 TRLGDPD), cupiera la contratación de trabajadores con discapacidad ligera. De hecho, la Ley no prohibía la contratación de personas con discapacidad ligera o moderada y el RD 1368/1985, de 17 de julio, regulador de la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajan en Centros, admite la contratación de trabajadores con muy baja discapacidad (art. 2). En todo caso el panorama era ambiguo y la ambigüedad normativa ha tolerado la proliferación de Centros con unas plantillas integradas sistemáticamente por trabajadores de escasa o baja discapacidad. Este estado de cosas se ha confirmado mediante el artículo 43 TRLGDPD, que concentra el contenido regulador de los artículos 41 y 42 de la LISMI en materia de Centros, y que ha suprimido toda referencia al deber de estos establecimientos de emplear a trabajadores afectados por especiales dificultades. De nuevo, nos hallamos ante un cambio más que discutible en perspectiva técnica y en perspectiva de fondo. Así, a la luz del artículo 85.2 CE la supresión no era necesaria porque aquí no había contradicción alguna entre las normas armonizadas; antes al contrario. Lo que sí había de manera creciente era un divorcio entre la Ley, que sugería la necesidad de una presencia apreciable de personas con discapacidad severa en los Centros, y la realidad. Ante este panorama, el Gobierno ha utilizado la habilitación para “adaptar la Ley a la realidad”, en coherencia con la supresión del principio de preferencia por el empleo en el medio ordinario de trabajo, subrayando de nuevo que las personas con discapacidad pueden trabajar y desarrollarse profesionalmente en cualquier ámbito. Ello comporta además apuntalar una línea argumental llamativa según la cual, entre las personas con discapacidad, no cabe identificar con claridad diferencias significativas entre ellas en materia de empleabilidad lo que exigiría no abordar un

⁷¹ Así lo apuntan Aznar López, M. y otros: *Integración social...*, ob. cit., pág. 151. Sobre la cuestión puede verse también Cordero Gordillo, V.: *Régimen jurídico del empleo...*, ob. cit., pág. 306.

cierto reequilibrio de subvenciones en base al grado o tipo de discapacidad⁷². La reforma da la razón a este planteamiento porque la Ley ya no sugiere una cierta atención de los Centros a las personas con especiales dificultades, lo que va a comportar el mantenimiento de los mismos incentivos de base para todas las personas con discapacidad.

El cambio normativo se produce en una época en que los recursos son limitados y se ha agudizado el debate y los reproches entre sectores y subsectores de Centros Especiales de Empleo, pugna en la que el Consejo de Ministros parece haber apostado por los Centros más “productivos”⁷³. En este sentido, con la reforma se apuntala un acceso igualitario a los incentivos por parte de todos los Centros Especiales en lugar de dejar la puerta abierta a otras opciones⁷⁴. A este respecto, no debe menospreciarse que la pugna entre Centros con plantilla de escasa discapacidad y Centros con plantillas de alta discapacidad ha generado un discurso cada vez más crítico de aquéllos con los Centros que acogen a trabajadores con más alta discapacidad, con el reproche de que algunos de sus trabajadores no son productivos y deberían pasar a Centros Ocupacionales⁷⁵. El tema no es menor porque está en juego el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) de las personas con discapacidad afectadas por especiales dificultades, a las que la exclusión laboral privaría de su derecho al trabajo pero también de las posibilidades de acceder a una pensión contributiva a través de su carrera profesional. A este respecto, llama la atención otra reforma, quizás no casual, introducida en el nuevo artículo 52 TRLGDPD, en materia de Centros Ocupacionales. En este sentido, la Ley aporta una novedad relativa, ya que subraya que los Centros Ocupacionales prestarán sus servicios a las personas que “habiéndose desarrollado una actividad laboral específica (...) hayan sufrido un empeoramiento en su situación que haga aconsejable su integración en un Centro Ocupacional”. Ciertamente, cabe la posibilidad del retroceso del

⁷² Me remito a los voluntaristas esfuerzos argumentales expuestos en Backer-McKenzie: *Las políticas...*, cit. pág. 30. Ciertamente, establecer diferencias en los incentivos sin vulnerar el principio de igualdad exige ser cuidadoso, pero tiene mucho sentido ya que por ejemplo, como el mismo informe señala a partir de otra fuente, dándola por buena (pág. 8), “la probabilidad de que en la UE una persona con enfermedad mental ocupe un empleo, es un 40 % menor que en el caso de una persona con discapacidad física”.

⁷³ Sobre la espinosa cuestión del reparto de recursos a la baja en base al grado de discapacidad de los trabajadores sugiero la consulta de mis reflexiones, a partir de la realidad vivida en Cataluña, en “La estrategia global...”, ob. cit. págs. 59 y 60.

⁷⁴ Los incentivos más visibles serían la bonificación total de cuotas empresariales a la Seguridad Social (Ley 43/2006) así como la subvención del 50 por 100 del salario mínimo interprofesional por cada trabajador contratado (Orden de 16 de octubre de 1998).

⁷⁵ Al respecto es muy interesante lo señalado al respecto en el *Bulletí de la Federació Catalana de Centres Especials de Treball*, núm. 71, abril de 2014, ejemplar fotocopiado, págs. 1 a 3, en el que se señala abiertamente el debate apuntado en texto principal y la posición de dicha organización patronal proclive a un planteamiento productivo y no asistencial de los Centros.

trabajo protegido u ordinario a la actividad ocupacional pero curiosamente la LISMI no la expresaba (art. 53), aunque tampoco la prohibía.

Finalmente, otra de las reformas “sutiles” pero de notoria carga de profundidad es la introducida a través del artículo 39.2 del Texto Refundido, que grosso modo viene a recoger los aspectos esenciales del artículo 38.4 LISMI dedicado a creación de ayudas para la generación y mantenimiento del empleo. Pues bien, ambos preceptos contienen un listado no cerrado de posibles incentivos que podrán poner en marcha los poderes públicos, ?nalizando ambos con una cláusula de cierre. Dicha cláusula de cierre, en el caso de la LISMI establecía con carácter ejempli?cativo la posibilidad de ?jar una serie de ayudas que se cerraban con la posibilidad de aprobar “cuantas otras se consideraran adecuadas para promover la colocación de las personas con discapacidad, especialmente la promoción de Cooperativas”. El artículo 39.2 TRLGDPD mantiene prácticamente el mismo esquema con un pequeño matiz y es que la Ley pretende que se promueva, especialmente, la creación de cooperativas “y de otras entidades de economía social”. Formalmente, este matiz pretendidamente aclaratorio se me antoja innecesario porque una cosa es el fomento de la creación de cooperativas, como una vía especí?ca de autoempleo, y otra muy diferente la ampliación de ese fomento reforzado a todas las entidades de economía social. En otras palabras, creo que el texto de la LISMI no generaba duda alguna de modo que, de nuevo, si el Gobierno quería ampliar el foco de las entidades cuya creación se va a potenciar especialmente, lo razonable habría sido utilizar la vía de la reforma legislativa ordinaria.

Ahora bien, más allá de las cuestiones formales relacionadas con el artículo 82 de la Constitución, y que sorprendentemente han pasado el cedazo del Consejo de Estado⁷⁶, están las cuestiones de fondo. Y aquí es donde de nuevo emerge con todo su potencial la pretensión del Gobierno de introducir profundas reformas en el marco del empleo de las personas con discapacidad haciéndolas pasar por meros retoques o aclaraciones. Así, la mención del nuevo artículo 39.2 TRLGDPD pasa por alto una cuestión de gran importancia y es que tras la aprobación de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, todos los Centros Especiales de Empleo tienen la condición de entidades de economía social, aunque hayan sido creados por entidades con ánimo de lucro y con la clara intención de obtener y distribuir beneficios empresariales y

⁷⁶ En su Dictamen 1183/2013, el Consejo de Estado sostiene que “En cuanto a las ayudas para favorecer la inclusión laboral de las personas con discapacidad (artículo 39 del Proyecto), se reproduce el artículo 38.4 de la LISMI. La única diferencia es la inclusión del último inciso relativo a las “entidades de la economía social” que no se objeta por este Consejo de Estado pues se entiende que procede tras la aprobación de la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social”. No obstante, téngase en cuenta las consideraciones señaladas en el texto principal, especialmente al ?nal del epígrafe.

aunque sus plantillas estén integradas, fundamental o totalmente, por personas afectadas de una escasa discapacidad. Por lo tanto, todo Centro Especial de Empleo calificado como tal tendrá la condición de entidad de economía social. De este modo, añadiendo una expresión en el artículo 39.2 TRLGDPD se refuerza la posición de todo el empleo protegido frente a otras opciones, lo que debilita todavía más al empleo en el medio ordinario de trabajo, y se pasa por alto la conveniencia de separar la paja y el grano en un contexto en el que no todos los Centros tienen el mismo planteamiento y en el que los recursos son muy escasos⁷⁷. Sin ir más lejos, el artículo 39.2 del TRLGDPD condena a la hibernación permanente al contenido del artículo 44.2 TRLGDPD que sugiere una diferencia de trato entre centros, en atención a diversas circunstancias, entre otras, la ausencia de ánimo de lucro⁷⁸.

Se ha de insistir en que el nuevo artículo 39.2 TRLGDPD no es tan novedoso en su contenido porque el artículo 8 de la Ley 5/2011 establece bases sólidas para una acción de fomento y difusión de la economía social, de la que podrán beneficiarse todos los Centros Especiales de Empleo. Ahora bien, como ya se ha señalado, la disimulada inclusión de este mensaje en el TRLGDPD puede justificar aún más el desequilibrio en perjuicio de las acciones de fomento del empleo en el medio ordinario de trabajo. Recuérdese que el Texto Refundido no hace referencia a una idea general de fomento, que reiteraría el planteamiento de la Ley 5/2011 sino que se afirma que las ayudas podrán consistir, “especialmente” en la promoción de cooperativas o de “otras entidades de economía social”. En otras palabras, los Centros Especiales de Empleo podrían consolidar plenamente y con fundamento legal su posición preeminente en materia de incentivos, de manera especial si se activan las generosas posibilidades de desarrollo reglamentario previstas en la disposición final tercera del Texto Refundido. Y debe tenerse en cuenta que no todo cambio es de recibo ya que, más allá de la flexibilidad mostrada por el TC en materia del artículo 82.5 CE, algunas resoluciones han censurado opciones que iban claramente

⁷⁷ Recuérdese que a través de esta opción se soslaya el rico debate a propósito de si debe o no establecerse diferencias de incentivación en base a una serie de parámetros como el tipo de entidad titular, el perfil de las plantillas, u otros. En esta materia, cabe consultar: Esteban Legarreta, R. y Pérez Pérez, J.: “Los incentivos laborales a la actividad en Centros Especiales de Empleo”, en Esteban Legarreta, R. y Pérez Amorós, F. (Directores): *La aplicación del Derecho del Trabajo en los Centros Especiales de Empleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 301 y ss. Es interesante la lectura del *Butlletí de la Federació Catalana de Centres Especials de Treball*, cit. en cuya página 3 se descalifica la diferenciación entre Centros con o sin ánimo de lucro como una argumentación oportunista. Evidentemente, la realidad permite matizar caso por caso pero desgraciadamente no creo que se trate solo de una cuestión de oportunismo. Backer&McKenzie: *Las políticas...* cit., pág. 43 insiste en reivindicar un trato igualitario para todos los Centros.

⁷⁸ No es casual que el mantenimiento del artículo 44.2 TRLGDPD sea discutido por el informe de Backer&McKenzie: *Las políticas...*, cit., págs. 14 y ss, si bien es harto improbable que genere algún efecto en la reordenación de los incentivos, al menos a corto plazo.

más allá de los textos legales objeto de refundición, como es el caso resuelto mediante la STC 51/2004, de 13 de abril⁷⁹.

⁷⁹ En el caso enjuiciado el Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña había ampliado mediante un Texto Refundido las competencias urbanísticas de los servicios territoriales autonómicos, lo que limitaba el margen de la autonomía local y, sobre todo, iba más allá de lo previsto en la legislación refundida.